— Da questa sentenza avendo la Untermühle, inoltrato ricorso al Tribunale federale, questa Corte, con giudizio del 13 luglio u. s., lo respinse.

Considerando in diritto ;

1. — A torto l'istanza cantonale ha ritenuto invalido il contratto di pegno 8 gennaio 1918 in base all'art. 900 CC. Il contratto è redatto per iscritto e ciò basta per la sua validità, non esistendo titolo del credito dato a pegno che avrebbe dovuto essere consegnato al creditore pignoratorio. Il contratto 20 maggio 1913, col quale Enrico Medici cedeva alla madre i suoi stabili è un contratto bilaterale, che, oltre l'obbligo dell'acquirente di pagarne il prezzo, contiene diverse clausole a carico dell'una e dell'altra parte. Siffatto contratto bilaterale ed oneroso per ambe le parti, non costituisce il « titolo » di cui parla l'art. 900 CC. Come tale può essere considerato solo un riconoscimento esplicito di debito e non l'obbligo ad una prestazione, di fronte alla quale, come nel contratto in discorso, stanno altre prestazioni della controparte.

2° — Ma se il diritto di pegno fu validamente costituito agli effetti dell'art. 900 CC, esso ha indubbiamente cessato di esistere. Il credito fu venduto all'asta senza menzione del pegno allora esistente a favore della ricorrente: fu dunque acquistato dal deliberatario Trivelli franco e libero da ogni onere, poichè trattavasi di un diritto non risultante dai pubblici registri o dalle condizioni d'incanto (art. 234 CO). Non vale l'asserire in contrario, che la Untermühle non poté agire in quel primo procedimento esecutivo e non poté rivendicare i suoi diritti nella fase della realizzazione poichè di quel procedimento nulla seppe. Per legge, l'asta doveva essere pubblicata e fino a prova contraria, che non venne fornita, occorre ritenere che a quest'obbligo l'Ufficio non venne meno. Ma se anche una pubblicazione non fosse avvenuta, l'omissione potrebbe tutt'al più coinvolgere

la responsabilità dell'Ufficio, ma non invalidare la legittimità dell'acquisto per aggiudicazione (art. 229 CO). Inammissibile è pure l'obbiezione dell'invalidità della delibera, perchè l'Ufficio non avrebbe consegnato al deliberatario Trivelli una copia autentica del credito. Un riconoscimento del credito a sensi dell'art. 900 non esisteva: non poteva quindi neanche essere consegnato al deliberatario. Del resto se un titolo fosse esistito, l'omissione di rimetterglielo non poteva viziare la regolarità dell'acquisto per aggiudicazione: all'aggiudicatario o al suo successore Ginella spetterebbe solo ancora il diritto di esigerne dall'Ufficio la consegna.

Il Tribunale federale pronuncia :

Il ricorso è respinto.

IV. OBLIGATIONENRECHT
DROIT DES OBLIGATIONS

**74. Urteil der I. Zivilabteilung vom 19. Oktober 1926
in Sachen Einwohnergemeinde Thun gegen Grütter, Schneider
& Co und Gen.**

Werkvertrag über Erstellung eines Tiefbaus (Strassenbrücke über Fluss). Angaben in den Plänen des Bestellers über Verhältnisse des Baugrundes und des Wasserstandes. Mehrforderungen des Unternehmers über den vereinbarten Werklohn mit Rücksicht darauf, dass diese Angaben teilweise unrichtig waren, grundsätzlich zugelassen, nicht in Anwendung von Art. 365 Abs. III oder 373 Abs. II OR, sondern weil nach den Verhältnissen der Unternehmer sich auf die Angaben sollte verlassen dürfen.

A. — Zum Bau der neuen Bahnhofbrücke in Thun reichten die Kläger eine auf die aufgelegten Pläne gegründete Offerte für die Eisenbetonkonstruktionen ein, worauf ihnen das Stadtbauamt Thun durch Vertrag

vom 21. September 1922 den Bau der Brücke übertrug. Dem Vertrag wurden zu Grunde gelegt :

1. Die von dem Bauamt aufgelegten Pläne Nr. 1—6 und Ergänzungspläne.
2. Das Vorausmass mit dem Preisangebot der Unternehmung.
3. Die « speziellen Vorschriften ».
4. Die allgemeinen Bedingungen des Schweiz. Ingenieur- und Architektenvereins für die Ausführung von Tiefbauarbeiten.

In dem angeführten Preisangebot sind u. a. unter dem Titel I : Foundationen und Pfeiler folgende Posten enthalten :

1. Aushub, unter Höhe 558,40 Mittelpfeiler und Widerlager. m³ 266 à Fr. 70.
2. Aushub, über Höhe 558,40 Widerlager m³ 358 à Fr. 15.
3. Betonarbeiten, unter Höhe 558,40 m³ 305 à Fr. 89.
4. Betonarbeiten, über Höhe 558,40 m³ 115 à Fr. 47.

Nach Ausführung der Arbeiten reichten die Kläger am 29. Juni 1923 eine Abrechnung ein, nebst Bericht. Ausser der Akkordsumme, die sich gemäss den verabredeten Einheitspreisen auf 182,365 Fr. 45 Cts. belief, meldeten die Kläger Mehrforderungen im Betrage von 35,632 Fr. 60 Cts. an, welche sie folgendermassen spezifizierten :

1. Nachforderungen, entstanden durch Unrichtigkeit der in den Plänen enthaltenen Angaben über den Niederswasserspiegel der Aare (558,40) Fr. 14,894.35
2. Mehrforderungen entstanden durch die Unstimmigkeit des in den Plänen enthaltenen geologischen Profils des Flussbettes Fr. 11,816.80

Der Bauleiter des Stadtbauamtes, Ingenieur Schnyder, erstattete diesem am 10. März 1924 über die Rechnung der Kläger Bericht. Er anerkannte dabei 3815 Fr. 10 Cts. für Regiearbeiten, neben einer Forderung von 184,192 Fr. 25 Cts., worin als « unvorhergesehene Arbeiten » inbegriffen waren :

1. Fr. 5544 Mehrpreis für Aushub und Beton unter Niederwasser wegen Veränderung des Niederswasserspiegels ;

2. Fr. 4557 Mehraushub wegen Veränderung im geologischen Profil.

B. — Am 5. September 1925 hoben die Kläger beim bernischen Handelsgericht die vorliegende Klage an, mit dem Rechtsbegehren, die Beklagte habe ihnen einen bestrittenen Betrag von 31,954 Fr. 60 Cts, nebst 6 % Zins seit 1. Januar 1924, zu bezahlen.

C. — Die Beklagte beantragte Abweisung der Klage. Sie machte geltend, sie habe nie einen Wasserstand für die Dauer der Arbeiten garantiert, und habe dies auch nicht tun können. Die im Plan eingetragene Linie NW 558,40 ergebe nur einen Anhaltspunkt für die Massberechnung der Arbeitsquantitäten, m. a. W. : sie habe nur Bedeutung als Grenze für die Berechnung der Preise über und unter dieser Linie. Ebensowenig könne von einem geologischen Profil im Sinne der Zusicherung eines bestimmten Zustandes des Baugrundes die Rede sein ; für die Beurteilung des Baugrundes habe die Sachkunde der Unternehmer einsetzen müssen. Im übrigen habe der Baugrund den Erwartungen entsprochen, die an ein Flussbett mit unregelmässig abgelagerten Schichten zu knüpfen seien. Der Werkvertrag enthalte eine Preisbestimmung à forfait, an welcher festzuhalten sei.

D. — Der vom Handelsgericht bestellte Experte, Baumeister Gottfried Müller, erklärte u. a. : « Die Wasserkote und das geologische Profil erschwerten die Arbeiten, weil die genannten Faktoren irreleiteten. » Die den Klägern gelieferten Grundlagen seien unzuverlässig gewesen, während der Unternehmer sich Übungsgemäss auf solche Angaben des Bauherrn sollte verlassen können ; dies gelte sowohl für die Wasserkote als für das geologische Profil. An die nach Abzug der bereits vergüteten Auslageposten von 5544 Fr. und 4557 Fr. auf Grund des Berichts Schnyder noch verbleibende Differenz

von 16,814 Fr. (recte 16,414 Fr.) sei von der Beklagten eine Summe von 12,000 Fr. nachzuleisten. Dazu komme ein Betrag von 3000 Fr., welcher den unerwarteten Mehrleistungen des Rammens entspreche. Ein Fachmann habe nicht mit so hochgradigen Schwierigkeiten rechnen müssen, wie sie sich hier beim Rammen einstellten; diese seien abnormal und von beiden Parteien nicht vorgesehen gewesen.

E. — Mit Urteil vom 28. Mai 1926 hat das Handelsgericht des Kantons Bern die Klage im Betrage von 17,700 Fr., nebst 5 % Zins seit 15. August 1924, geschützt.

F. — Gegen dieses Urteil hat die Beklagte die Berufung an das Bundesgericht erklärt, unter Erneuerung ihres Antrags auf Abweisung der Klage.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Die Vorinstanz hat ihr Urteil über die Mehrforderungen der Kläger, soweit sie sich auf die sog. Unstimmigkeiten in den Plänen gründen, in erster Linie auf Art. 365 Abs. III OR, und soweit diese Bestimmung nicht zur Anwendung komme, auf Art. 373 Abs. II OR gestützt.

Es kann ihr hierin nicht zugestimmt werden :

a) Art. 365 Abs. III OR bestimmt, im Anschluss an den in Abs. I und II ausgesprochenen Grundsatz (dass der Unternehmer für die Güte des Stoffes hafte, wenn er ihn zu liefern hat, und den vom Besteller gelieferten Stoff mit aller Sorgfalt zu behandeln habe), dass, wenn sich bei der Ausführung des Werkes Mängel an dem vom Besteller gelieferten Stoff oder an dem angewiesenen Baugrunde zeigen, oder sich sonst Verhältnisse ergeben, die eine gehörige oder rechtzeitige Ausführung des Werkes gefährden, der Unternehmer dem Besteller ohne Verzug davon Anzeige zu machen habe, widrigenfalls « die nachteiligen Folgen » ihm selbst zur Last fallen. Versteht man hierunter die genannten Mängel bzw.

gefährdenden Verhältnisse, so möchte man zwar geneigt sein, *argumento e contrario* zu schliessen, dass Art. 365 Abs. III davon ausgehe, der Besteller hafte grundsätzlich für solche Mängel und Verhältnisse, sofern der Unternehmer die vorgeschriebene Anzeige nicht unterlassen habe, und es würde sich alsdann nur fragen, ob hier « Mängel des Baugrundes » bzw. « gefährdende Verhältnisse » im Sinne des Art. 365 Abs. III vorlagen; denn die gesetzlich vorgeschriebene Anzeige haben die Kläger unbestreitbar erstattet. Nun ist aber nach der Natur der Dinge wohl in erster Linie darauf abzustellen, wem die Prüfung der Eignung des angewiesenen Baugrundes oder sonstiger Verhältnisse, welche die Ausführung des Werkes gefährden mögen, in Hinsicht auf die Möglichkeit und Zweckmässigkeit der Erstellung des Werkes obliegt, und im allgemeinen wird man davon auszugehen haben, dass diese Prüfung Sache des Unternehmers sei, weil sie mit zu der Sorgfalt gehört, die er bei der Übernahme des Werkes und der Vorbereitung seiner Erstellung zu entfalten hat. Anders verhält es sich freilich, wenn der Bauherr diese Prüfung selber übernommen hat, und die *in concreto* zu entscheidende Frage beurteilt sich somit nicht nach Art. 365 Abs. III OR, sondern darnach, ob die Beklagte deshalb, weil sie die Kläger nach den von ihr selbst ausgearbeiteten Plänen, welche den Baugrund und die Wasserstandsverhältnisse umfassten, das Werk erstellen hiess, für die Richtigkeit der darin enthaltenen Angaben einzustehen habe, und in wie weit?

b) Art. 373 Abs. II OR sieht beim à forfait-Vertrag die Zulässigkeit einer Erhöhung des Preises für den Fall vor, dass ausserordentliche Umstände, die nicht vorausgesehen werden konnten, oder die nach den, von beiden Beteiligten angenommenen Voraussetzungen ausgeschlossen waren, die Fertigstellung hindern oder übermässig erschweren. Damit sich die Kläger auf Art. 373 Abs. II OR berufen könnten, müssten also die von

ihnen angerufenen Erschwerungsgründe sich als solche ausserordentliche Umstände qualifizieren lassen. Es lässt sich aber kaum sagen, und ist auch nicht behauptet worden, dass das Fehlen einer bestimmten Lehmschicht in einer gewissen Tiefe und das Vorhandensein grösserer Steinblöcke daselbst einen ausserordentlichen Zustand bedeute, ebensowenig der Wasserstand der Aare, so wie er sich tatsächlich während der Arbeit gestaltet hat. Die Beklagte hat im Gegenteil darauf hingewiesen, dass der Wasserstand damals ausserordentlich günstig gewesen sei. Von einer nachträglichen Veränderung der Grundlagen für die Berechnung des Werklohnes kann man nur insofern sprechen, als man diese Grundlagen in den Voraussetzungen erblickt, zu welchen die Kläger durch bestimmte Angaben in den Plänen der Beklagten veranlasst oder verleitet worden sind.

2. — Soweit also die Kläger Mehrforderungen aus den beiden Tatsachen herleiten, dass der niedrigste Wasserstand in Wirklichkeit auf Kote 558,90, statt, wie die Pläne angaben, auf Kote 558,40 sich befand, und die in den Plänen eingezeichnete Lehmschicht sich tatsächlich hier nicht vorfand, so hängt die Entscheidung über die grundsätzliche Begründetheit dieser Mehrforderungen davon ab, ob die Kläger sich auf die genannten Angaben verlassen durften oder nicht. Mit Recht hat die Vorinstanz den Standpunkt der Beklagten, dass jene Angaben keine verbindliche Zusicherung enthielten, es vielmehr Sache der Unternehmer gewesen sei, die fraglichen Verhältnisse selbständig zu prüfen, auf Grund der Akten als unzutreffend bezeichnet. Die Bedeutung, welche dem Umstand, dass die Bauherrin die Pläne von sich aus ausführen liess und bei der Submission den Bewerbern vorlegte, zukommt, wird durch die Tatsache klargestellt, dass der Werkvertrag auf Grund der allgemeinen Bedingungen des schweizerischen Ingenieur- und Architektenvereins für Tiefbauten abgeschlossen wurde. Es ist darin in Art. 4 bestimmt, dass die

Grundlagen der auszuführenden Arbeiten, insbesondere auch Aufschlüsse über allfällige Risiken, Bodenbeschaffenheit, Sondierungen usw. schon bei der Submission aufzulegen seien. Soweit also die von der Bauherrin vorgelegten Pläne Angaben in dieser Richtung enthielten, galten sie als Aufschlüsse, welche die Bauherrin dem Unternehmer zu geben hatte; und daraus ergibt sich, mangels eines bezüglichen Vorbehalts, dass der Unternehmer nicht verpflichtet sein sollte, die bereits von der Bauherrin gemachten Untersuchungen nochmals anzustellen, noch deren Ergebnis zu überprüfen, sondern, wie auch der Experte ausdrücklich erklärt, speziell auf die Angaben über die Niederwasserstandskote und das geologische Profil des Flussbetts sich verlassen durfte.

3. — (Höhe der von der Beklagten zu leistenden Vergütung.)

4. — Bei der Mehrforderung von 5894 Fr. 70 Cts. wegen Erschwerung des Rammens handelt es sich dagegen um einen Anspruch auf Preiserhöhung auf Grund des Art. 373 Abs. II OR. Die Voraussetzungen für die Anwendung dieser Bestimmung sind nach den Ausführungen des Experten, dass ein Fachmann nicht mit so hochgradigen Schwierigkeiten, wie sie sich hier einstellten, habe rechnen müssen, diese Schwierigkeiten abnormal und von beiden Parteien nicht vorgesehen gewesen seien, gegeben....

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Bern vom 28. Mai 1926 bestätigt.